Sygn. akt: KIO 2502/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przezPolskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Averbit Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2502/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie - Jeziornie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup Infrastruktury dla nowego systemu EMS/DYSTER pamięci masowe", numer referencyjny: 2023/WNP-0350-2-DL AB (dalej: „Postępowanie"). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 marca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 131689-2024.

I. W dniu 15 lipca 2024 r. wykonawca Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej także jako: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1.czynności wyboru oferty Averbit sp. z o.o. (dalej jako: „wykonawca Averbit") jako najkorzystniejszej przez Zamawiającego, pomimo że:

a.wykonawca Averbit zaoferował macierz niespełniającą wymogów zamówienia,

b.wykonawca Averbit powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa dwukrotnie przedstawił informacje w zakresie macierzy wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – w szczególności na decyzję o wyborze oferty wykonawcy Averbit jako oferty najkorzystniejszej,

oraz zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Averbit z postępowania oraz odrzucenia oferty wykonawcy Averbit z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu odwołania,

2.czynności odrzucenia oferty Comarch Polska S.A. jako niespełniającej wymogów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp"):

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Averbit, który zaoferował macierz niespełniającą wymogów zamówienia, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty wykonawcy Averbit przez Zamawiającego, oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt 1 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp mając na uwadze, iż wykonawca Averbit w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa dwukrotnie przedstawił informacje w zakresie oferowanej macierzy wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – w szczególności na decyzję o wyborze oferty wykonawcy Averbit jako oferty najkorzystniejszej,

2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 4, 5 i 6 w zw. z art. 105 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 101 ust. 4 i 5 w zw. z art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz 3 (wskazane w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego) – poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności opisanymi przez samego Zamawiającego w pkt II cz. II SWZ Opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ").

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

–unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

–unieważnienia czynności badania i oceny ofert,

–powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego Comarch Polska. S.A.,

–odrzucenia oferty wykonawcy Averbit,

–dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego Comarch.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 2 sierpnia 2024 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 30 lipca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Averbit Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Stanowisko w sprawie wykonawca Averbit przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 31 lipca 2024 r. Wykonawca Averbit uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W ramach pierwszego zarzutu odwołania Odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy Averbit nie spełnia wymagania OPZ, zgodnie z którym macierz powinna być wyposażona w pamięć cache o pojemności minimum 768GB dedykowanej do obsługi buforowania odczytu i zapisu oraz możliwość rozbudowy pamięci cache do minimum 1024GB. Odwołujący powołał się na treść dokumentacji producenta IBM (IBM Storage FlashSystem 7300 Product Guide (for IBM Storag Virtualize 8.6) strona 49), z której w jego ocenie wynika, że cała dostępna przestrzeń adresowa pamięci macierzy w oferowanym przez wykonawcę Averbit rozwiązaniu (opisanym w prawej części Tabeli 1 Załącznika nr 1 do Formularza oferty) to 768 GB. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Averbit, w celu spełnienia wymagania co do minimalnej pojemności pamięci dedykowanej do obsługi buforowania odczytu i zapisu (minimum 768GB) powinien był uzupełnić Tabelę 1 o dodatkową rozbudowę pamięci posiadającą Part Number (#ACGB) – czego nie uczynił. Odwołujący stwierdził, że oferowana przez wykonawcę Averbit macierz, posiadająca pamięć 768 GB, musi w tej przestrzeni obsłużyć – poza buforowaniem odczytu i zapisu – również System Operacyjny macierzy, jakim jest Linux oraz oprogramowanie IBM Spectrum Virtualize. W związku z tym, że pamięć na buforowanie odczytu i zapisu wynosi 768 GB, w ocenie Odwołującego wykonawca Averbit nie zaoferował żadnej pamięci na System Operacyjny macierzy, jakim jest Linux oraz oprogramowanie IBM Spectrum Virtualize. Zdaniem Odwołującego Zamawiający jasno i precyzyjnie wskazał, że pamięć cache o pojemności minimum 768 GB ma być dedykowana wyłącznie do obsługi buforowania odczytu i zapisu, nie zaś do obsługi buforowania odczytu i zapisu oraz obsługi Systemu Operacyjnego Macierzy oraz Aplikacji IBM Spectrum Virtualize. Powołując się na treść wyjaśnień wykonawcy Averbit z dnia 13 czerwca 2024 r. („Zaoferowana przez AVERBIT macierz jest wyposażona w pamięć cache o pojemności minimum 768GB dedykowaną do obsługi

buforowania odczytu i zapisu oraz możliwość rozbudowy pamięci cache do minimum 1024GB, zgodnie z oświadczeniem AVERBIT złożonym w ofercie.") Odwołujący stwierdził, że wykonawca Averbit dokonał, a Zamawiający zaakceptował, samowolną zmianę treści SWZ po terminie składania ofert. W ocenie Odwołującego oświadczenie IBM nie odnosi się do pojemności dedykowanej, a zawiera oczywistą informację, że pamięć cache (nie pojemność 768GB) jest dedykowana do obsługi buforowania odczytu i zapisu. Odwołujący stwierdził, że rozwiązanie zaoferowane przez wykonawcę Averbit nie spełnia ww. wymagania OPZ, a wykonawca Averbit dopuścił się dwukrotnie (składając ofertę oraz wyjaśnienia do oferty) przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd w wyniku lekkomyślnego lub niedbałego działania, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu – w szczególności doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy Averbit. Specyfikacja warunków zamówienia (dalej: „SWZ") - Rozdział VII. Kwalifikacja podmiotowa Wykonawców pkt 3 ppkt 1 lit. p) - przewiduje za takie działanie sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba ustaliła, że w pkt IV Specyfikacji warunków zamówienia („SWZ") Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

„2) Szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia znajduje się w Części II SWZ oraz Części IV SWZ.

3) Zgodnie z art. 101 ust. 4 ustawy Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w SWZ za pomocą norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy, jeżeli pozwolą one uzyskać cechy lub parametry nie gorsze niż przywołane.

Zgodnie z art. 101 ust. 5 ustawy, Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest obowiązany udowodnić w ofercie, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia."

Część II SWZ stanowi OPZ, natomiast Część IV SWZ – projekt umowy.

Ponadto, w pkt XII SWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienie:

„6) Ofertę stanowi Formularz oferty Wzór nr 1 do Części III SWZ wraz z załącznikiem nr 1 OPIS PARAMETRÓW OFEROWANEGO SPRZĘTU I OPROGRAMOWANIA (Tabela 1 i Tabela 2)."

Część II SWZ zawierająca OPZ została podzielona na kilka części: I. Specyfikacja techniczna, II. Urządzenia równoważne, III. Wymagania dodatkowe, I. Zakres prac wykonawcy oraz II. Miejsce dostawy i instalacji.

Załącznik nr 1 do Formularza oferty zawiera dwie tabelę. Pierwsza tabela zawiera szczegółową specyfikację oferowanego modelu – jak w przypadku części I „Specyfikacja techniczna" OPZ wraz z miejscem na opis produktu, jaki miał zostać sporządzony przez wykonawcę składającego ofertę. Przy czym, w tym zakresie Zamawiający zamieścił dwie uwagi: „(należy wpisać parametry oferowanego sprzętu)²" oraz „²Należy odnieść się do wszystkich wymogów wskazanych w części II SWZ – wskazując parametry oferowanego sprzętu". Natomiast tabela nr 2 zawiera wymagania Zamawiającego jak w części II OPZ „Urządzenia równoważne" wraz z kolumną „Opis spełnienia wymagania³", do której odnosiła się adnotacja: „³Niewłaściwe skreślić." – w każdym wierszy tej kolumny wyrażenia: „Spełnia/Nie spełnia".

Nie było pomiędzy stronami sporu co tego, że w ramach OPZ Zamawiający przewidział możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych względem urządzeń referencyjnych. Wobec powyższego Izba pominęła okoliczność, że w sporządzonym OPZ Zamawiający nie posłużył się wyrażeniem „lub równoważne", jak nakazują przepisy ustawy Pzp – kwestia ta nie stanowiła przedmiotu rozpoznania przez Izbę. Nie było również sporne, że produkt referencyjny został zaoferowany przez wykonawcę Averbit, a produkt równoważny przez Odwołującego.

Z treści przytoczonych postanowień SWZ wynika, że część I OPZ dotyczy produktów referencyjnych, natomiast część II OPZ – urządzeń równoważnych. W konsekwencji powyższego należy uznać, że wykonawca oferujący produkty referencyjne nie był zobowiązany do wypełnienia Tabeli 2, skoro dotyczy ona urządzeń równoważnych, a nie referencyjnych. Natomiast wykonawca oferujący rozwiązanie równoważne nie był zobowiązany do uzupełnienia Tabeli 1 w ten sposób, że miałby wykazać posiadanie przez oferowane produkty wszystkich cech i funkcjonalności produktów referencyjnych. Przyjęcie przeciwnego stanowiska oznaczałoby bowiem, że Zamawiający wcale nie przewidział możliwości złożenia oferty obejmującej urządzenia równoważne – co pozostawałoby w sprzeczności z treścią OPZ. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 7 marca 2022 r. (KIO 414/22) „równoważność nie polega na zaoferowaniu przedmiotu zamówienia identycznego do produktu referencyjnego. Istota rozwiązania równoważnego sprowadza się do zaoferowania produktu spełniającego funkcjonalności określone przez Zamawiającego. Z powyższego wynika więc, że obowiązkiem zamawiającego jest określenie, które elementy materiałów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia i opisane w sposób wskazany w treści art. 99 ust. 5 PrZamPubl, uznaje za najistotniejsze." Zgodnie bowiem z przepisem

art. 99 ust. 5 ustawy Pzp przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny". Natomiast zgodnie z art. 99 ust. 6 ustawy Pzp jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności. Wymaganie od produktu oferowanego jako rozwiązanie równoważne spełnienia wszystkich cech i funkcjonalności, jakie posiada produkt referencyjny, całkowicie wypaczałoby sens przewidzenia możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne te zarzuty odwołania, które dotyczą podstaw odrzucenia oferty Odwołującego odnoszących się do wymagań wskazanych w Części I OPZ – tj. zarzuty opisane w pkt 2. Niezgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia ze specyfikacją techniczną ad. lit. a, str. 12 i 13 odwołania (wymaganie dot. konfiguracji: • (7x24x24h fix + opcja HDR PLN).(16 dyski 9,6 TB) • os AIX i POWER HA, vnvare) oraz ad. lit. c, str. 13 i 1 odwołania (wymagania: ACEA Encryption USB Flash Drives (Four Pack) ACED Ensryption Enablement).

Konsekwentnie, wymagania dotyczące urządzeń równoważnych podlegają badaniu wyłącznie w odniesieniu do oferty, której przedmiotem są takie urządzenia, a nie produkt referencyjny. Ponieważ z założenia są to wybrane cechy czy funkcjonalności podmiotu referencyjnego nie ma potrzeby ich badania względem oferty obejmującej taki produkt. Jeżeli zamawiający określi względem produktów równoważnych dodatkowe wymagania, które nie obowiązują produktów referencyjnych, to na ogół należy to uznać za nieprawidłowość prowadzonego postępowania (mogą jednak wystąpić wyjątki, gdy np. konkretne wymaganie w połączniu z innym ma zapewnić określoną cechę produktu referencyjnego). Jednakże to, czy taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, nie było przedmiotem zarzutów odwołania, a kwestia ta mogłaby być oceniana przez Izbę na etapie postępowania przed otwarciem ofert. Istotne jest natomiast to, że oferta złożona przez wykonawcę Averbit nie podlegała ocenie w zakresie wymagań dotyczących urządzeń równoważnych. W konsekwencji, kwestia zgodności tej oferty z wymaganiem odnoszącym się do urządzeń równoważnych (wymaganie: macierz powinna być wyposażona w pamięć cache o pojemności minimum 768GB dedykowanej do obsługi buforowania odczytu i zapisu oraz możliwość rozbudowy pamięci cache do minimum 1024GB) nie podlegała badaniu również w postępowaniu odwoławczym. W związku z tym postawiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za niezasadny.

Wymaga dodania, że nawet gdyby dopuścić jeszcze inne interpretacje ww. postanowień SWZ (w tym OPZ), tj. tę przedstawianą przez Odwołującego oraz tę prezentowaną przez Zamawiającego, to w tej sytuacji należałoby uznać, że postanowienia SWZ są niejednoznaczne i budzą wątpliwości. Natomiast zgodnie z ugruntowaną - zarówno przez orzecznictwo jak i doktrynę – zasadą niejednoznaczne postanowienia SWZ, wywołujące wątpliwości co do ich interpretacji, nie mogą obciążać wykonawców negatywnymi skutkami. W przypadku przyjęcia takiego stanowiska ocena zarzutów, o których mowa powyżej, byłaby taka sama.

Trzeba jeszcze nadmienić, iż Izba dostrzegła, że na początku Załącznika 1 do Formularza ofertowego widniała uwaga: „w niniejszym załączniku należy odnieść się do wszystkich parametrów sprzętu wskazanych Części II SWZ". Jednakże, w ocenie składu orzekającego Izby, uwagi tej nie można interpretować w oderwaniu od pozostałych postanowień SWZ przewidujących możliwość złożenia oferty obejmującej urządzenia równoważne, jak i przepisów ustawy Pzp. Ww. okoliczność mogłaby co najwyżej potwierdzać tezę o niejednoznaczności postanowień SWZ (w tym OPZ).

Odnosząc się do pozostałych zarzutów odwołania dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego należy wskazać, co następuje:

Ad. 1. Brak wykazania równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia.

Ad. 1 a – Izba uznała zarzut za zasadny. Zamawiający przedstawił w tym zakresie następujące uzasadnienie:

„Wykonawca ograniczył się do powielenia w treści Załącznika nr 1 do Formularza ofertowego, metodą copy&paste wymagań części II SWZ potwierdzając spełnienie wszystkich wymagań.

Nie wskazał, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, miejsca w formularzu ofertowym lub innego dokumentu załączonego do oferty, z którego wynika, iż zaoferowane urządzenia potwierdzają wymagania określone w tabeli."

Powyższe uzasadnienie jest bardzo lakoniczne. Nie wiadomo spełnienia których konkretnie kryteriów równoważności nie wykazał Odwołujący. Do tak ogólnego uzasadnienia Izba nie jest w stanie w żaden sposób się odnieść. Należy jedynie powtórzyć i przyznać rację Odwołującemu, że nie można uznać za dopuszczalne wymaganie od oferty obejmującej rozwiązanie równoważne spełnienia wszystkich cech i funkcjonalności posiadanych przez rozwiązanie referencyjne, a

jedynie tych wskazanych jako kryteria równoważności.

Ad. 1 b – Izba uznała zarzut za zasadny. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający stwierdził m.in.:

„Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, odnośnie oryginalnego producenta pamięci masowych tzw. OEM (Original Equipment Manufacturer) oraz oprogramowania oraz jej producenta.

Wykonawca w odpowiedzi na pismo Zamawiającego – uchylił się od odpowiedzi sugerując skierowanie bezpośrednio zapytania do Andra Sp. z o.o."

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący „oferuje rozwiązanie, którego nie zna, a więc nie spełnia warunków Części IV SWZ:

„PODSTAWOWE ZOBOWIĄZANIA STRON

§3

2. Wykonawca w szczególności zapewnia i gwarantuje, że:

1) dysponuje odpowiednią wiedzą, doświadczeniem, a także bazą i środkami technicznymi umożliwiającymi prawidłową realizację Umowy"."

Należy zgodzić się z Odwołującym, że przytoczone przez Zamawiającego postanowienie dotyczy etapu realizacji umowy. Ma ono bardzo ogólny charakter i nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Należy w tym kontekście zauważyć, że na początku uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przywołał m.in. postanowienie zwarte w Części I SWZ Rozdział IV pkt 1. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający nie stwierdził jednak niezgodności oferty Odwołującego w tym zakresie. W związku z tym kwestia ta nie była przedmiotem oceny Izby.

Ad. 1 c

Zamawiający stwierdził, że oryginalnym producentem urządzeń EonStor nie jest Andra Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a InforTrend Technology Inc. z siedzibą w Taipei, Tajwan. Dalej Zamawiający stwierdził, że informacja o OEM jest dla niego bardzo istotna, a dokumentacja produktów InforTrend jest powszechnie dostępna na stronach internetowych producenta i pozwala na szczegółową analizę i stwierdzenie, czy oferowane rozwiązanie jest równoważne.

Następnie Zamawiający stwierdził:

„Analiza informacji zawartych w Załączniku nr 1 do formularza ofertowego oraz wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w dniu 10 czerwca 2024 r., prowadzi do wniosku, iż Wykonawca nie wykazał równoważności oferowanego rozwiązania.

Uchylanie się Wykonawcy od udzielenia jednoznacznych odpowiedzi Zamawiającego, tylko potwierdza brak jego wiedzy do realizacji zamówienia. Budzi to uzasadnione obawy Zamawiającego, czy Wykonawca jest zdolny do realizacji przedmiotu zamówienia."

W powyższym fragmencie Zamawiający połączył kilka wątków, a ostatecznie nie wiadomo na czym dokładnie polega nieprawidłowość oferty Odwołującego. Zdaje się, że nie domyślił się tego również Odwołujący, skoro ustosunkowanie się do tego punktu uzasadnienia odrzucenia oferty połączył z argumentacją dotyczącą punktu poprzedniego.

Należy zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie uzasadnił w żaden konkretny sposób swojego ogólnego stanowiska co do niespełnienia przez Odwołującego kryteriów równoważności. W związku z tym podniesiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za zasadny. Należy jednak podkreślić, że dotyczy to ogólnej argumentacji Zamawiającego zatytułowanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty „Brak wykazania równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia".

Natomiast odnosząc się do zarzutów dotyczących dalszej argumentacji Zamawiającego zatytułowanej: „2. Niezgodność zaoferowanego przedmiotu zamówienia ze specyfikacją techniczną." należy stwierdzić:

Ad. 2 a) i 2 c) – stanowisko w tym zakresie zostało już przedstawione powyżej wraz ze stanowiskiem do pierwszego zarzutu.

Ad. 2 b)

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego odnośnie zarzucanego temu wykonawcy niespełnienia wymagań określonych w pkt III 3) 5) oraz 6) OPZ Wymagania dodatkowe:

„3) Dostarczone Urządzenia muszą pochodzić z oficjalnego, autoryzowanego przez producentów, kanału sprzedaży na rynek polski lub UE przeznaczone do sprzedaży i serwisu na rynku polskim.

5) Dostarczone Urządzenia nie mogą być obciążone uprzednio nabytymi przez innych klientów prawami podmiotów trzecich (subdystrybucja).

6) Dostarczone urządzenia nie mogą pochodzić z dystrybucji podmiotów trzecich (np. niezależni brokerzy) innych niż producenci i ich oficjalni dystrybutorzy."

Należy zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, aby producentem oferowanej przez tego wykonawcę macierzy był podmiot InforTrend Technology Inc. Stwierdzenie niespełnienia ww. wymagań w oparciu o to, że podmiot ten jest producentem jednego z elementów oferowanej macierzy (nawet bardzo istotnego), należy uznać za zbyt daleko idące.

Należy dodać, że Izba nie uznała skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wnioskowanego przez Odwołującego dowodu w postaci umowy licencyjnej. Zgodnie z art. 545 ust. 3 ustawy Pzp Izba, na wniosek lub z urzędu, może w niezbędnym zakresie ograniczyć stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego prawo wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, jeżeli udostępnienie tego materiału groziłoby ujawnieniem informacji stanowiącej tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inną niż informacja niejawna. Odwołujący wnioskował o ograniczenie dostępu (wobec przystępującego) do wnioskowanego przez niego dowodu w postaci umowy licencyjnej powołując się na okoliczność, że dokument ten zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym Odwołujący obowiązany był tę okolicznością udowodnić. Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Z powyższego wynika, że ochronie tako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają określone informacje, a nie konkretne dokumenty. W związku z tym zastrzegając dowód składany w postępowaniu odwoławczym strona obowiązana jest przedstawić uzasadnienie odnośnie tajemnicy przedsiębiorstwa w takim zakresie, w jakim dokonuje zastrzeżenia. Odwołujący zastrzegł umowę licencyjną w całym zakresie (nie złożył wersji umowy dla wykonawcy Averbit z zamazanymi konkretnymi informacjami). W związku z tym obowiązany był do wykazania, że wszystkie informacje zawarte w tym dokumencie należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązkowi temu Odwołujący nie sprostał. Przedstawił tylko ogólne uzasadnienie dotyczące umowy, a nie poszczególnych informacji zawartych w tym dokumencie. Mając to na uwadze Izba uznała poczynione przez Odwołującego zastrzeżenie za nieskuteczne.

Ad. 2 d)

W odniesieniu do wymagań określonych w pkt II ppkt 6 oraz pkt I Zakres prac lit. c) OPZ Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający, powziąwszy wątpliwości co do spełnienia przez Odwołującego ww. wymagań, wezwał Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień. W wezwaniu Zamawiający przytoczył treść ww. postanowień OPZ i wskazał:

„Proszę o wyjaśnienie, w jaki sposób i przy wykorzystaniu jakich urządzeń zostaną spełnione powyżej wskazane wymagania." [wezwanie Zamawiającego z 3 czerwca 2024 r.]

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący powołał się na wcześniejsze stanowisko Zamawiającego dotyczące możliwych rozwiązań, przedstawione w piśmie stanowiącym odpowiedź na odwołanie w sprawie KIO 1145/24), jednakże sam nie przedstawił żadnych konkretnych informacji odnośnie przyjętego przez siebie sposobu realizacji zamówienia [pismo Odwołującego z 7 czerwca 2024 r.]. Zamawiający nie otrzymał żadnych wyjaśnień pozwalających mu na uznanie, że oferta Odwołującego jest w tym zakresie zgodna z warunkami zamówienia. Przedstawienie tych informacji na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione. Z tego powodu Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z okazania filmu instruktażowego dotyczącego migracji.

Mając na uwadze nieprzedstawienie przez Odwołującego konkretnych wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie

Zamawiającego należy uznać, że Zamawiający miał prawo dokonać oceny oferty w tym zakresie na podstawie pozyskanej dokumentacji, która nie potwierdzała możliwości wykonania zamówienia przez Odwołującego zgodnie z ustalonymi warunkami. To Odwołujący, nie udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pozbawił się możliwości dokonania oceny przyjętego w tym zakresie rozwiązania.

W związku z powyższym podniesiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za niezasadny. Powyższe oznacza, że pomimo uznania za zasadne większości zarzutów dotyczących czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czynność ta pozostaje w mocy. W konsekwencji, mając na uwadze treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należało uznać, że odwołanie podlega oddaleniu w całości. Okoliczność uznania za zasadne części zarzutów nie ma bowiem – w tym przypadku - wpływu na ostateczny wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: